

## «JAAN»

### Financieringsbesluit met overeenkomst kan aanbestedingsplichtige opdracht zijn

#### Inleiding

Het Hof van Justitie oordeelt in dit arrest – kort samengevat – dat bij een overeenkomst met een separaat financieringsbesluit, sprake kan zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel als bedoeld in aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG (thans 2014/24/EU). Dit arrest is een annotatie waard omdat het de vraag oproept of het arrest daarmee gevolgen kan hebben voor het Nederlandse subsidierecht. In het arrest is ook de vraag aan de orde wanneer sprake is van een samenwerking tussen openbare entiteiten, maar hierop ga ik in deze annotatie niet in.

#### Kern van het arrest

Het arrest betreft een Italiaanse zaak over een geneesmiddel. De regio Veneto heeft 700.000 euro aan financiering toegekend voor de productie van een geneesmiddel aan Sacro Cuore. Naast dit financieringsbesluit zijn er meerdere overeenkomsten tussen gezondheidsinstellingen en Sacro Cuore gesloten, waarin staat dat Sacro Cuore het geneesmiddel moet leveren tegen slechts een vaste vergoeding van € 180 voor de transportkosten. Voor deze leveringsovereenkomsten heeft de regio Veneto standaardovereenkomsten opgesteld. In de kern is de vraag aan de orde of door dit ‘opknippen’ van de financiering en de levering, sprake is van een rechtstreekse tegenprestatie voor de levering van het geneesmiddel en daarmee sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel.

Het Hof van Justitie is snel klaar met het beantwoorden van deze vraag en oordeelt dat het geen twijfel lijdt dat hier sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel. Het Hof stelt voorop dat volgens de gebruikelijke juridische betekenis van de woorden ‘onder bezwarende titel’ een overeenkomst wordt bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie. Van een overheidsopdracht is zelfs sprake indien de vastgestelde vergoeding beperkt is tot de gedeeltelijke terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten. In dit geval moet de financieringsvergoeding van € 700.000 in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een bezwarende titel. Nu een ondernemer – Sacro Cuore – zich ertoe heeft verbonden een product te vervaardigen en te leveren aan meerdere overheidsdiensten in ruil voor een financiering die volledig bedoeld is om dit doel te verwezenlijken, is sprake van een overeenkomst ‘onder bezwarende titel’ ook al worden de kosten voor het vervaardigen en het leveren van dit product niet volledig gedekt door die financiering of door de leveringskosten die aan die overheidsinstanties kunnen worden aangerekend.

#### Subsidie met uitvoeringsovereenkomst

De vraag is of dit arrest ook relevant is voor de Nederlandse praktijk. Dit is niet met zekerheid te zeggen, omdat uit het arrest niet duidelijk blijkt wat voor financieringsbesluit de regio Veneto heeft genomen en in hoeverre deze toekenning vergelijkbaar is met het Nederlandse subsidierecht. De conclusie lijkt echter gerechtvaardigd dat onder omstandigheden bij subsidieverlening sprake kan zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht, namelijk als naast een subsidieverleningsbeschikking ook een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten.

Op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt een subsidie bij beschikking verleend. Een dergelijke beschikking zal normaliter niet kwalificeren als een ‘overeenkomst onder bezwarende titel’. Een subsidiebeschikking bevat namelijk geen afdwingbare verplichting om de activiteit waarvoor subsidie wordt verleend te verrichten. Als de gesubsidieerde activiteit niet wordt verricht, dan kan de subsidie worden ingetrokken en kunnen eventueel al betaalde voorschotten worden teruggevorderd (zie de art. 4:48 en 4:57 Awb).

Van belang is echter dat artikel 4:36 Awb bepaalt dat ter uitvoering van een subsidiebeschikking een overeenkomst kan worden gesloten. In deze uitvoeringsovereenkomst kan worden bepaald dat de subsidie-ontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend.

Mijns inziens kan uit dit arrest worden afgeleid dat een subsidiebeschikking met een dergelijke uitvoeringsovereenkomst aan de definitie van een overheidsopdracht kan voldoen. Net als in het arrest is dan immers door de combinatie van de subsidiebeschikking met de uitvoeringsovereenkomst sprake van een uitvoeringsplicht en dus van een bezwarende titel.<sup>1</sup>

### **Eerdere uitspraken van de bestuursrechter over de grens tussen opdracht en subsidie**

Uit het voorgaande volgt dat onder omstandigheden bij subsidieverlening sprake kan zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht. Dit zou betekenen dat een subsidieverleningsprocedure niet alleen zou moeten voldoen aan de eisen van de Awb, maar ook aan de eisen die worden gesteld aan een aanbestedingsplichtige opdracht in de Aanbestedingswet 2012. In jurisprudentie van de bestuursrechter is de grens tussen opdracht en subsidie al eerder aan de orde geweest. Ik noem hier drie uitspraken.

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in 2008 geoordeeld dat de financiële bijdrage die de staatssecretaris van Economische Zaken kon verstrekken voor het programma samenwerking Oost-Europa (PSO) voldeed aan de definitie van een subsidie, terwijl volgens de staatssecretaris sprake was van een overeenkomst van opdracht. Tegen het niet willen verstrekken van een bijdrage konden daarom rechtsmiddelen bij de bestuursrechter worden aangewend. Ook moest de tenderprocedure voldoen aan de eisen die de Awb stelt aan subsidieverlening.<sup>2</sup>

De tweede vermeldenswaardige uitspraak is een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('de Afdeling bestuursrechtspraak') uit 2010. In deze subsidiezaak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak geoordeeld dat alleen al vanwege het feit dat er bij de aanwijzing van een stichting als kernvoorziening geen overeenkomst met die stichting was gesloten, het destijds vigerende Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) niet van toepassing was.<sup>3</sup>

Ten slotte heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in 2016 geoordeeld dat of een betaling door een gemeente een subsidie is of voortvloeit uit een privaatrechtelijke overeenkomst, moet worden beoordeeld aan de hand van de beschikking of de overeenkomst. De overheid heeft volgens de Afdeling bestuursrechtspraak echter niet de mogelijkheid een vergoeding op grond van het privaatrecht toe te kennen, als zou moeten worden geoordeeld dat het gebruik van het privaatrecht de publiekrechtelijke regeling van de subsidietitel op onaanvaardbare wijze zou doorkruisen. Na het beoordelen van de feiten kwam de Afdeling bestuursrechtspraak in deze zaak tot de conclusie dat sprake was van een vergoeding voor geleverde diensten en niet van een subsidie waardoor geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen open stonden.<sup>4</sup>

Bij mijn weten is er geen jurisprudentie waar de bestuursrechter heeft geoordeeld dat een subsidieverleningsprocedure zou moeten voldoen aan de aanbestedingsregels van de Aanbestedingswet 2012.

1 Zie uitgebreider in deze zin: A. Drahmman, 'Is het strikte onderscheid tussen subsidie- en opdrachtverlening nog houdbaar?', Gst 2011/115. Zie tevens over vergunningen met een uitvoeringsplicht: A. Drahmman, 'Uitdijning van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen? Een beschouwing naar aanleiding van het Betfair-arrest', NTB 2012/25.

2 CBB 9 september 2008, AB 2008/340, m.nt. J.R. van Angeren.

3 ABRvS 20 oktober 2010, JB 2011/3, m.nt. M.J. Jacobs en AB 2011/232, m.nt. W. den Ouden.

4 ABRvS 23 maart 2016, AB 2016/286, m.nt. A. Drahmman.

### Een ‘aanbesteding light’ in het bestuursrecht

Ondanks het voorgaande verwacht ik niet dat hier gepubliceerde arrest van het Hof van Justitie grote gevolgen zal hebben voor de praktijk. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft namelijk recent, op 11 juli 2018, geoordeeld dat bij de verdeling van schaarse subsidiemiddelen het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen, in acht moet worden genomen. Dit gelijkheidsbeginsel heeft onder meer tot gevolg dat bestuursorganen aan (potentiële) gegadigden ruimte moeten bieden om naar de beschikbare subsidiegelden mee te dingen.<sup>5</sup> Uit een uitspraak van 2 november 2016 over schaarse vergunningen blijkt dat om gelijke kansen te realiseren, een bestuursorgaan een passende mate van openbaarheid moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse publieke recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdstip en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen, door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.<sup>6</sup> Deze eis is gebaseerd op de uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie voortvloeiende transparantieplichting.<sup>7</sup>

Met de verplichting dat het gelijkheidsbeginsel en de transparantieplichting in acht moeten worden genomen bij het verdelen van schaarse subsidies en vergunningen, heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een soort ‘aanbesteding light’ in het bestuursrecht geïntroduceerd. De toegevoegde waarde om subsidies te kwalificeren als aanbestedingsplichtige opdracht is daarmee naar verwachting grotendeels verdwenen. Toch zijn er nog wel relevante verschillen tussen de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak over schaarse vergunningen en het aanbestedingsrecht. Zo moeten aanbestedingsplichtige opdrachten op TenderNed gepubliceerd worden, terwijl deze verplichting voor schaarse subsidies en vergunningen niet geldt. Ook heeft de Afdeling bestuursrechtspraak het toelaatbaar geacht dat schaarse publieke rechten worden verdeeld op basis van ‘wie het eerst komt’ of door middel van een loting in plaats van een selectie op basis van gunningscriteria.

### Een complexe verhouding tussen civiel en bestuursrecht?

De in de vorige paragraaf als voorbeeld genoemde verschillen tussen het subsidierecht en het aanbestedingsrecht kunnen reden zijn dat de verliezer van een subsidieverdelingsprocedure – waarbij met de winnaar tevens een uitvoeringsovereenkomst wordt gesloten én het subsidiebedrag de drempelwaarde overschrijdt – in een bestuursrechtelijke procedure zal betogen dat niet alleen het gelijkheids- en transparantieplichting in acht hadden moeten worden genomen, maar ook de aanbestedingsregels uit de Europese richtlijnen en de Aanbestedingswet 2012.

Een interessante vraag is wat in dat geval de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele rechter en de bestuursrechter zou worden. Om te voorkomen dat de subsidiebeschikking formele rechtskracht verkrijgt, lijkt het noodzakelijk dat de bestuursrechter wordt verzocht de subsidiebeschikking te vernietigen wegens strijd met het aanbestedingsrecht of het eerdergenoemde en in het subsidierecht erkende, beginsel van gelijke kansen. Onduidelijk is of de bestuursrechter naar aanleiding van een verzoek om een voorlopige voorziening, de voorziening zou willen treffen dat het een bestuursorgaan verboden is om hangende de bodemprocedure de uitvoeringsovereenkomst te sluiten. Als dat niet het geval zou zijn dan is tevens een kort gedingprocedure bij de civiele rechter nodig om het sluiten van die overeenkomst tegen te gaan.

Van belang is tevens dat normaliter na afronding van de gesubsidieerde activiteit, de subsidie wordt vastgesteld. Ook tegen deze subsidievaststellingsbeschikking kunnen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen worden aangewend. Het is nu al de praktijk dat niet-nakoming van de uitvoeringsovereenkomst tot gevolg kan hebben dat de subsidie in de subsidievaststellingbeschikking lager wordt vastgesteld.<sup>8</sup> Bovendien lijkt de formele rechtskracht van een subsidieverleningsbeschikking niet

5 ABRvS 11 juli 2018, AB 2018/406, m.nt. J.E. van den Brink en A. Drahmann.

6 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel.

7 ABRvS 12 april 2017, AB 2017/300, m.nt. C.J. Wolswinkel.

8 Zie o.a. ABRvS 3 oktober 2012, AB 2013/157, m.nt. J.R. van Angeren.

in de weg te staan aan het oordeel dat het subsidievaststellingsbesluit in strijd met het recht is.<sup>9</sup> Het is afwachten of de bestuursrechter in een juridische procedure de subsidievaststellingsbeschikking ook zal willen toetsen aan het aanbestedingsrecht of dat de bestuursrechter zal oordelen dat het aan de civiele rechter is en blijft om de uitvoeringsovereenkomst aan het aanbestedingsrecht te toetsen. Ik ben er in beginsel geen voorstander van om de rechtsbescherming over twee verschillende rechters (de civiele rechter en bestuursrechter) te verdelen omdat dit de rechtsbescherming compliceert. In algemene zin kan worden gesteld dat procederen bij de bestuursrechter laagdrempeliger is (onder meer vanwege het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging), maar dat de snelheid van de procedure (en met name de effectiviteit van de voorlopige voorzieningenprocedure) een aandachtspunt is.<sup>10</sup> Het is echter afwachten in hoeverre de bestuursrechter bereid is om subsidiebeschikkingen aan de aanbestedingsregels te gaan toetsen.

### Afronding

Uit het hier gepubliceerde arrest van het Hof van Justitie volgt dat een subsidiebeschikking waarbij tevens in een uitvoeringsovereenkomst wordt bepaald dat de subsidie-ontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend én het subsidiebedrag de drempelwaarde overschrijdt, kan kwalificeren als een aanbestedingsplichtige opdracht. Deze constatering heeft interessante, maar complexe vervolgvragen, zoals vragen naar de verhouding tussen de Algemene wet bestuursrecht en de Aanbestedingswet 2012 en de verhouding tussen de bestuursrechter en de civiele rechter voor het beoordelen van de rechtmatigheid van de subsidiebeschikking respectievelijk uitvoeringsovereenkomst. Deze complexiteit kan relatief eenvoudig worden voorkomen door kritisch te bezien of het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst naast de subsidieverleningsbeschikking noodzakelijk is of dat kan worden volstaan met het opnemen van subsidieverplichtingen in de beschikking zelf. Volledigheidshalve merk ik daarbij op dat ook bij subsidieverlening zonder uitvoeringsovereenkomst het gelijkheidsbeginsel in acht moet worden genomen waardoor (potentiële) gegadigden mee moeten kunnen dingen naar de beschikbare subsidiegelden.

Mr. dr. A. Drahmann, universitair (hoofd)docent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de universiteit Leiden

---

9 Zie ABRvS 18 oktober 2017, AB 2017/422, m.nt. W. den Ouden.

10 Zie hierover ook J.M.J. van Rijn van Alkemade, *Effectieve rechtsbescherming bij de verdeling van schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.